

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

update

Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht

Dezember 2017



Inhalt

2 | Editorial

Internetrecht

3 | BGH stärkt Kundenrechte beim Bezahlen im Internet

Wettbewerbsrecht

4 | Influencer-Marketing: Reicht #ad als Werbekennzeichnung?

6 | BGH: Irreführende Angaben zur Verjährung sind wettbewerbswidrig

7 | Das Komplettküchen-Urteil des BGH: Das Fehlen wesentlicher Informationen in der Werbung ist nicht immer abmahnfähig

Kartellrecht

9 | Schweizer Uhrenhersteller dürfen die Belieferung unabhängiger Uhrmacher verweigern

12 | EuGH schafft Klarheit bei der Anmeldepflicht von Gemeinschaftsunternehmen – was sind die Folgen?

14 | Online-Vergleichsportale geraten in den Fokus des Bundeskartellamts

Markenrecht

15 | Quadratisch. Praktisch. Exklusiv?

Aktuell

18 | Veröffentlichungen

18 | Vorträge

Editorial

Mit dieser neuen Ausgabe des Update Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht informieren wir Sie über aktuelle Entwicklungen und gerichtliche Entscheidungen aus diesen Rechtsgebieten.

Ein Schwerpunkt der Ausgabe liegt im Wettbewerbs- und Kartellrecht. Im Wettbewerbsrecht befassen wir uns mit aktuellen BGH-Entscheidungen, u. a. zu irreführenden Werbeangaben zur Rechtslage. Ferner erläutern wir die Anforderungen an die werbliche Kennzeichnung des Influencer-Marketings über Social-Media-Kanäle.

Zwei Entscheidungen des EuGH sind für Kartellrechtler interessant: Zum einen hat der EuGH entschieden,

dass Schweizer Uhrenhersteller unabhängigen Uhrmachern keine Ersatzteile zur Verfügung stellen müssen, wenn sie ein qualitatives selektives Vertriebs- und Reparatursystem eingerichtet haben. Zum anderen hat der EuGH in einem Urteil klargestellt, wann bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ein Zusammenschlussstatbestand nach der EU-Fusionskontrollverordnung vorliegt.

Im Kartellrecht berichten wir außerdem über die vor kurzem angekündigte Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zu Online-Vergleichsportalen verschiedener Branchen.

Weitere Beiträge befassen sich mit Kundenrechten beim Bezahlen im Internet und mit einem vielbeachte-

ten Urteil des BGH aus dem Markenrecht, bei dem es um die Schutzfähigkeit der bekannten quadratischen Verpackung der Ritter-Sport-Tafelschokolade geht.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre!

Mit besten Grüßen

Michael Fricke

BGH stärkt Kundenrechte beim Bezahlen im Internet

Schließt ein Verbraucher im Internet einen Vertrag, bietet ihm sein Vertragspartner in der Regel unterschiedliche Möglichkeiten zur Zahlung der vereinbarten Vergütung an. Als gängige Zahlarten finden sich die Zahlung per Kreditkarte, Lastschrift, Paydirekt oder PayPal, Sofortüberweisung oder Zahlung gegen Rechnung. Bei dem Angebot und der Ausgestaltung der einzelnen Zahlarten ist der Betreiber der Website grundsätzlich frei. Allerdings bestimmt § 312 a Abs. 4 Nr. 1 BGB, dass eine Vereinbarung, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, dann unwirksam ist, wenn daneben für den Verbraucher keine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit besteht. Diese Bestimmung ist im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in nationales Recht im Jahr 2013 in das BGB eingefügt worden. Die aktuelle Fassung gilt seit dem 13. Juni 2014.

Bedeutung erlangte die Vorschrift im folgenden Fall. Bei einem Anbieter von Flugreisen im Internet konnten die Kunden den gebuchten Flug wahlweise mit Kreditkarte gegen ein zusätzliches Entgelt in Höhe von EUR 12,90 oder mittels Sofortüberweisung entgeltfrei bezahlen. Wählte der Kunde die Option Sofortüberweisung, erfolgte die Abwicklung der Zahlung über einen zwischengeschalteten Dienstleister. Im Rahmen des Zahlungsvorgangs musste der

Verbraucher seine Kontozugangsdaten einschließlich des personalisierten Sicherheitsmerkmals (PIN) und des Authentifizierungsinstruments (TAN) in die Eingabemaske des Dienstleisters eingeben. Der Dienstleister fragte dann bei der kontoführenden Bank insbesondere die eingegebenen Daten, den aktuellen Kontostand sowie den Kreditrahmen für den Dispokredit ab, bevor er die Zahlung durchführte.

Der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. – beanstandete dieses Verfahren und rügte eine Verletzung von § 312 a Abs. 4 Nr. 1 BGB. Zwar eröffnete der Anbieter dem Verbraucher neben der Bezahlung mit Kreditkarte gegen zusätzliches Entgelt die gesetzlich vorgesehene entgeltfreie Zahlungsalternative in Form der hier gewählten Sofortüberweisung, es stellte sich aber die Frage, ob es sich bei dieser um eine gängige und dem Verbraucher zumutbare Zahlungsmöglichkeit handelte. Nachdem das Landgericht der Unterlassungsklage der Verbraucherzentrale stattgegeben und das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hatte, hatte diese beim Bundesgerichtshof (BGH) letztlich Erfolg.

Der BGH hat dahinstehen lassen, ob es sich bei der angebotenen Variante der Sofortüberweisung um ein gängiges Zahlungsmittel handelt. Dieser Service sei – so das Gericht – den Verbrauchern als einzige unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit jedenfalls nicht zumutbar. Aus Sinn und Zweck

der gesetzlichen Regelung leitet der BGH ab, dass ein gängiges Zahlungsmittel dem Kunden in der Regel zwar zumutbar sei, die Unzumutbarkeit könne sich jedoch aus besonderen Umständen ergeben, wie etwa einem den Verbrauchern entstehenden Mehraufwand, eintretenden Verzögerungen, aber auch aus Sicherheitsaspekten. Besondere, eine Unzumutbarkeit begründende Umstände sah der BGH darin, dass die meisten Kunden den ihnen angebotenen Zahlungsweg nur unter Verstoß gegen die mit ihrer kontoführenden Bank vereinbarten allgemeinen Geschäftsbedingungen nutzen könnten. So sind die Kunden nach Nr. 7.2 Abs. 1 der von zahlreichen Banken üblicherweise verwendeten Online-Banking-Bedingungen (OBB) verpflichtet, ihre personalisierten Sicherheitsmerkmale geheim zu halten und nur über die von der Bank gesondert mitgeteilten Online- und Telefon-Banking-Zugangskanäle an diese zu übermitteln. Nr. 7.2 Abs. 2 OBB bestimmt, dass das personalisierte Sicherheitsmerkmal (PIN) nicht außerhalb der gesondert vereinbarten Internetseiten eingegeben werden darf. Dieses Verbot gilt insbesondere für Online-Händler-Seiten. Da der Kunde bei Inanspruchnahme der ihm angebotenen Sofortüberweisung aber sowohl seine PIN als auch seine TAN in die Eingabemaske eingeben müsse, nutze er damit einen Zugangsweg, der nicht zu den seitens der Bank zur Verfügung gestellten Zugangswegen im Sinne von Nr. 7.2 OBB gehöre. In diesem Zusammenhang verwies der BGH auch auf die

in Nr. 10.2.1 Abs. 5 OBB vorgesehene Haftungsregelung. Hat ein Kunde seine PIN erkennbar außerhalb der gesondert mit der Bank vereinbarten Internetseiten eingegeben, kann eine den Kontoinhaber zum vollständigen Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtende grobe Fahrlässigkeit vorliegen. Welche konkreten Haftungsrisiken angesichts dessen bei Nutzung der Sofortüberweisung bestehen, sei für den Kunden tatsächlich nicht überschaubar. Da die Nutzung des Zahlungsweges der Sofortüberweisung zumindest einem erheblichen Teil der Kunden ein vertragswidriges Verhalten abverlange, sei die Sofortüberweisung dem Kunden als einzige unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit im Sinne von § 312 a Abs. 4 Nr. 1 BGB nicht zumutbar.

Letztlich spielte es für die Entscheidung des Gerichts keine Rolle, ob die OBB der Banken kartellrechtlich wirksam sind. Das Berufungsgericht war noch unter Bezug auf den Be-

schluss des Bundeskartellamts vom 29. Juni 2016 (BB 4-71/10; nicht bestandskräftig) davon ausgegangen, dass die Beschlüsse der deutschen Kreditwirtschaft und der Bankenverbände über die Sonderbedingungen für das Online-Banking hinsichtlich des Verbots der Eingabe von PIN und TAN außerhalb der mit der Bank gesondert vereinbarten Internetseiten kartellrechtswidrig seien. Der BGH stellte demgegenüber maßgeblich darauf ab, dass einem rechtstreuen Kunden, der den ihm angebotenen Zahlungsweg der Sofortüberweisung nutzen wolle, nicht zuzumuten sei, selbst die Kartellrechtswidrigkeit dieser Klauseln zu prüfen und ggf. gerichtlich durchzusetzen.

Für die Praxis folgt daraus, dass Händler ihren Kunden im Internet auch weiterhin den Zahlungsweg der unentgeltlichen Sofortüberweisung anbieten können. Sie dürfen es dabei jedoch nicht belassen, sondern müssen dem Kunden darüber hinaus eine zusätzliche, gängige und

dem Kunden zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit zur Verfügung stellen, um den gesetzlichen Anforderungen nach § 312 a Abs. 4 Nr. 1 BGB zu genügen. Letztlich bleibt es dann dem Verbraucher überlassen, für welche Zahlungsart er sich entscheidet. ■



Dr. Thomas Manderla
Partner im Geschäftsbereich Gewerblicher
Rechtsschutz bei CMS in Düsseldorf.
E thomas.manderla@cms-hs.com

Wettbewerbsrecht

Influencer-Marketing: Reicht #ad als Werbekennzeichnung?

In der Marketing-Szene wird das Thema der richtigen Kennzeichnung von werblichen Beiträgen intensiv diskutiert. Bislang herrscht insbesondere bei Influencern in den sozialen Medien wie Instagram und Co. große Unsicherheit über die rechtssichere Kennzeichnung ihrer Beiträge. Diese Unsicherheit rührt von fehlenden gerichtlichen Entscheidungen in diesem Bereich. Nun hat sich das OLG Celle mit dem Urteil vom

8. Juni 2017 (Az.: 13 U 53/16) zu der Kennzeichnung mit dem „#ad“ geäußert. Im Fall des OLG Celle veröffentlichte ein bekannter Influencer mit mehr als einer Million Followern den folgenden Beitrag auf Instagram, für den er auch eine Gegenleistung von Rossmann erhielt:

„An alle Sparfüchse: AUFGEPASST! NUR morgen gibt es in allen Filialen von #rossmann & im Online Shop

40 % Rabatt auf Augen Make-Up! Viel Spaß beim Einkaufen! (...). Mascara & M. N. Y. The R. N. Lidschatten Palette.“

Am Ende des Beitrages setzte der Influencer sechs Hashtags. Darunter befand sich an zweiter Stelle der „#ad“. Daraufhin mahnte ein Verbraucherschutzverein Rossmann wegen unzureichender werblicher Kennzeichnung des Beitrags erfolg-

los ab. Der Fall landete vor Gericht. In der Vorinstanz entschied das LG Hannover noch, der kommerzielle Zweck des Beitrags habe nicht gekennzeichnet werden müssen, weil er sich schon aus den Umständen ergebe (Az.: 23 O 5/17). Das sah das OLG Celle nun anders.

Der Ansicht des OLG Celle zufolge verstößt der streitgegenständliche Beitrag gegen § 5 a Abs. 6 UWG. Denn bei dem Post gehe es um eine geschäftliche Handlung. Sein kommerzieller Zweck sei jedoch nicht ausreichend kenntlich gemacht worden. Auch ergebe sich dieser – entgegen der Ansicht des LG Hannover – nicht aus den sonstigen Umständen des Posts.

Wie ein solcher werblicher Beitrag zu kennzeichnen sei, hänge von den Umständen des Einzelfalls und des verwendeten Kommunikationsmittels ab. Jedenfalls müsse der Hinweis so deutlich erfolgen, dass aus der Sicht eines durchschnittlichen Adressaten der angesprochenen Zielgruppe kein Zweifel am Vorliegen eines kommerziellen Zwecks bestehe. Dieser muss nach Ansicht des OLG Celle „auf den ersten Blick hervortreten“. Bei dem „#ad“ sei dies nicht der Fall. Werde dieser am Ende des Beitrags an zweiter Stelle von insgesamt sechs Hashtags verwendet, sei nicht davon auszugehen, dass der durchschnittliche Adressat des Posts ihn ausreichend zur Kenntnis nehme. Anlass, sich unter dem Beitrag befindliche Hashtags näher anzusehen, hätten ohnehin nur diejenigen Leser, die vorhaben, den Links zu folgen. Auch die farbliche Hervorhebung der Hashtags ändere hieran nichts. Eher noch erleichtere diese dem Leser, die Hashtags vom sonstigen Text zu separieren und am Ende des Haupttextes nicht weiterzulesen.

Nach Ansicht des Gerichts war der kommerzielle Zweck des Beitrages zudem auch nicht aus dessen Gesamteindruck auf den ersten Blick erkennbar. Der werbliche Charakter des Rossmann-Beitrags erschließe

sich erst, wenn der Leser den Text einschließlich der Hashtags am Ende vollständig lese. Auch sei die werbliche Absicht nicht aus der Qualität und der professionellen Aufmachung des Beitrags zu erkennen; dies auch dann nicht, wenn der Influencer ansonsten nur „Schnappschüsse“ von minderer Qualität poste. Auch die Verwendung von Emojis spreche für einen nicht kommerziellen Post und erwecke den Eindruck, man befinde sich in einem privaten Umfeld, das frei von Werbung sei.

Das Urteil überrascht nur den Unwissenden. Die Kennzeichnung im Influencer-Marketing muss stets deutlich und so erfolgen, dass der kommerzielle Zweck des Posts auf den ersten Blick erkennbar ist. Bei einer Kennzeichnung mittels nur eines von sechs Hashtags versteckt in einer „Hashtag-Wolke“ am Ende eines längeren Beitrags ist diese Anforderung nicht mehr erfüllt. Für Hashtags wie „spon“ oder „sponsoredby“ wird nichts anderes gelten können.

Interessant ist allerdings die grundsätzliche Skepsis des Gerichts gegenüber aufklärenden Hashtags, die am Ende oder unter dem Beitrag erfolgen. Hätte das Gericht in gleicher Weise geurteilt, wenn der „#ad“ an erster Stelle (neben den weiteren Hashtags) oder gar allein unter dem Beitrag aufgeführt worden wäre? Der Urteilsbegründung zufolge wohl ja. Offen bleibt nach wie vor die Frage, ob „#ad“ grundsätzlich eine adäquate Form der Kennzeichnung für Werbebeiträge darstellt. Hierzu äußert sich das OLG Celle leider nicht.

Obwohl die Landesmedienanstalten bislang eine solche Kennzeichnung für zulässig hielten, rücken sie nun mit einem Update ihrer FAQs zur Kennzeichnungspflicht von dieser Linie ab. Aufgrund der Kürze der Kennzeichnung sollte „#ad“ in der Tat nicht genutzt werden. Die Kennzeichnung mit deutschsprachigen Hinweisen wie „Werbung“ oder „Anzeige“ stellt deshalb noch immer die

sicherste Art der Kennzeichnung dar. Zugleich stehen diese Hashtags für Transparenz.

Wer die Hashtags „#ad“ oder „#spon“ verwendet, tut dies wohl bewusst und vor allem, um den werblichen Charakter des Beitrags gegenüber dem Kunden abzuschwächen. In diesem Fall ist es dann auch richtig, dass das Gericht dieser Vorgehensweise mit dem aktuellen Urteil einen Riegel vorschiebt. Schließlich verdeutlicht die Entscheidung auch noch einmal die Verantwortung des den Influencer beauftragenden Unternehmens. Dieses haftet (zumindest nach dem UWG) in gleicher Weise wie der Influencer selbst. ■



Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford)

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich

Gewerblicher Rechtsschutz bei

CMS in Hamburg.

E martin.gerecke@cms-hs.com

BGH: Irreführende Angaben zur Verjährung sind wettbewerbswidrig

Bei Massengeschäften gegenüber Verbrauchern schließen Unternehmen eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Verträgen. Sie sind daher häufig versucht, bereits im Vorfeld rechtlicher Auseinandersetzungen einen für sie in Verbraucherverträgen günstigen Rechtsstandpunkt zu betonen und gegenüber ihren Kunden, zum Beispiel in Form von allgemeinen Anschreiben, als selbstverständlich richtig darzustellen. Eine aktuelle Entscheidung des BGH macht die Risiken einer solchen Vorgehensweise deutlich.

Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) schützt Marktteilnehmer und Wettbewerber vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Was welcher Marktgruppe gegenüber unlauter ist, wird in zahlreichen Spezialtatbeständen durch den Gesetzgeber ausdifferenziert. Gegenüber Verbrauchern ist es explizit unlauter, unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben über deren Rechte zu machen (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG). Eine kostenpflichtige Abmahnung, mit welcher der Unternehmer zum Unterlassen einer bestimmten unlauteren Informationsweise aufgefordert wird, erfordert kein Verschulden oder gar vorsätzliches Handeln. Selbst wenn der Unternehmer also

aus Unkenntnis oder nur fahrlässig die Rechtslage falsch eingeschätzt hat, ist er zur Unterlassung verpflichtet.

Im konkret vom BGH entschiedenen Fall (Urt. v. 4. Mai 2017; Az. I ZR 113/16) ging es um die Verjährung eines sogenannten Reisewertguthabens. Verbraucher konnten bei der Beklagten monatliche Zahlungen leisten und sich so ein Wertguthaben ansaparen, das sie gegen Reiseleistungen einlösen konnten. Die Beklagte teilte ihren Kunden in den allgemeinen Geschäftsbedingungen in Form eines „Hinweises“ mit, dass die Reisewertguthaben innerhalb dreier Jahre ab dem Ende desjenigen Jahres, in dem sie erworben wurden, geltend zu machen seien. Andernfalls würden sie verjähren. Der BGH trat dieser Auffassung entgegen und entschied, dass die dreijährige Verjährungsfrist erst mit dem Ende desjenigen Jahres beginne, in dem der Kunde die Einlösung seines Guthabens begehre. Die Ausführungen des BGH sind dabei durchaus komplex und unterscheiden sich in der Begründung stark von den Entscheidungen, die Oberlandesgerichte zu gleichlautenden Klauseln in der Vergangenheit getroffen haben. Dies macht deutlich, dass selbst bei An-

gaben zu unklaren und umstrittenen Rechtsfragen das volle Risiko beim Unternehmer liegt, der gegenüber seinen Kunden eine bestimmte Rechtsauffassung kommuniziert.

In konkreten Rechtsstreitigkeiten sind Unternehmen demgegenüber nicht gehindert, für sie günstige Rechtsstandpunkte zu vertreten. Nur die Gebote der prozessualen Wahrheitspflicht und der Betrugsstrafbarkeit setzen Grenzen: Das wahrheitswidrige, auch implizite, Behaupten falscher Tatsachen kann zum Verlust des Prozesses oder sogar zu strafrechtlichen Konsequenzen führen. Das Vertreten von Rechtsansichten ist hingegen in weitem Ausmaß zulässig. Im Interesse einer wirksamen Rechtsverteidigung ist es dem Unternehmen ohne Weiteres gestattet, beliebige Rechtsstandpunkte einzunehmen, auch wenn sie von dem abweichen, was Gerichte in vergleichbaren Fällen bereits entschieden haben.

Bei der Anwendung des geltenden Rechts gibt es häufig keine eindeutig richtigen Standpunkte. Gerade im Bereich der strengen deutschen Rechtsprechung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in vielen noch nicht von höchsten Gerichten

geklärten Fällen nicht mit letzter Sicherheit vorherzusehen, ob im Streitfall Gerichte eine Klausel für unwirksam erklären werden oder nicht. Ein Streit um solche Klauseln ist dann entweder im individuellen Vertragsverhältnis auszutragen oder Gegenstand einer Abmahnung durch Wettbewerber oder Verbraucherschutzverbände.

Die Flucht in die scheinbar weichere Form des „Hinweises“ auf die vermeintliche Rechtslage befreit die Unternehmen aus rechtlicher Sicht

nicht von dem Risiko eines Rechtsstreits. Bei einem Streit im einzelnen Vertragsverhältnis entscheiden Gerichte über die „richtige“ Rechtslage und schaffen auf diesem Wege faktisch Präjudizien für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen.

Fazit: Macht ein Unternehmer in allgemeinen Anschreiben an Verbraucher Angaben zur Rechtslage, müssen diese inhaltlich korrekt sein. Andernfalls drohen kostenpflichtige Abmahnungen. ■



Paetrick Sakowski
Rechtsanwalt im Geschäftsbereich
Gewerblicher Rechtsschutz bei
CMS in Düsseldorf.
E paetrick.sakowski@cms-hs.com

Wettbewerbsrecht

Das Komplettküchen-Urteil des BGH: Das Fehlen wesentlicher Informationen in der Werbung ist nicht immer abmahnfähig

Wer unter Angabe von Preisen wirbt, hat gemäß § 5 a Abs. 3 UWG grundsätzlich eine ganze Reihe von Informationen vorzusehen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Verbraucher vor einer geschäftlichen Entscheidung über alle Informationen verfügt, die er für seine Entscheidung benötigt. Bisher wurde diese Bestimmung schematisch angewandt: Das Fehlen einer in § 5 a Abs. 3 UWG aufgezählten Information war immer abmahnfähig. Dies führte teils zu absurden Ergebnissen. Der BGH hat in der Komplettküchen-Entscheidung (Urteil v. 2. März 2017, I ZR 41/16) klargestellt, dass die unter Geltung des UWG a.F. entwickelte Rechtsprechung nicht mehr uneingeschränkt gilt und zukünftig zu

prüfen ist, ob die fehlende Information für eine informierte geschäftliche Entscheidung auch wirklich erforderlich ist.

Bisher mussten Werbende in jeder Werbung mit Preisen strikt den Katalog der in § 5 a Abs. 3 UWG aufgeführten Informationen beachten und u. a. stets ein vollständiges Impressum angeben. Gestützt auf diese Norm wurden unzählige Abmahnungen ausgesprochen, und bei so manchem werbenden Unternehmen entstand der Eindruck, dass Abmahnende die Norm als willkommene Einnahmequelle für sich entdeckt haben. Dem hat der BGH in der Komplettküchen-Entscheidung einen Riegel vorge-schoben. Abmahnfähig ist das

Fehlen von in § 5 a Abs. 3 UWG aufgeführten Informationen demnach nur noch dann, wenn der durchschnittliche Verbraucher die fehlende Information für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötigt. Davon ist bei Informationen, die nach der Wertung des Unionsrechts als wesentlich eingestuft werden, zwar grundsätzlich auszugehen, dem werbenden Unternehmen wird aber nun die Möglichkeit eingeräumt, gestützt auf die konkreten Umstände der Werbung darzulegen, warum eine als grundsätzlich wesentlich eingestufte Information im konkreten Fall für eine informierte Entscheidung nicht benötigt wird. Das werbende Unternehmen trifft insofern die Darlegungs- und Beweislast.



Der BGH hatte über eine Werbeanzeige eines Möbelhauses für zwei Komplettküchen zu entscheiden, in denen die Typen- und Markenbezeichnung der in dem Angebot enthaltenen Elektrogeräte fehlten. Das OLG Köln hatte in der Vorinstanz entsprechend der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung geurteilt, dass die Typen- und Markenbezeichnungen wesentliche Informationen seien und ihr Fehlen daher per se wettbewerbswidrig sei. Der BGH ist dem nicht gefolgt und hat die Verurteilung des Möbelhauses wegen Unterlassung nur nach einer weiteren Prüfung der Art der fehlenden Information bestätigt. Die Angabe der Typen- und Markenbezeichnung der Elektrogeräte war nach den Feststellungen des BGH erforderlich, weil es sich um wesentliche Informationen handelte, die wesentliche Merkmale der angebotenen Ware betrafen und das Möbelhaus nicht dargelegt hatte, dass die angesprochenen Verbraucher diese Information für ihre Kaufentscheidung nicht benötigten.

Praktisch bedeutsam dürfte diese Änderung der Rechtsprechung insbesondere beim Fehlen von Anga-

ben zum vollständigen Namen und zur Anschrift des werbenden Unternehmens sein (vgl. § 5 a Abs. 3 Nr. 2 UWG). So dürfte es zukünftig bei Werbung allgemein bekannter Unternehmen für Bargeschäfte des täglichen Lebens nicht mehr erforderlich sein, neben dem bekannten Firmennamen auch die vollständige Unternehmensbezeichnung und die Anschrift zu nennen. Zum Beispiel werden Supermarktketten mit einem bundesweiten Filialnetz zukünftig in Werbeflyern für die wöchentlichen Sonderangebote werben dürfen, ohne die Geschäftsanschrift angeben zu müssen. Es ist praktisch ausgeschlossen, dass ein Verbraucher, der die ihm bekannte Filiale vor Ort aufsucht, um eine beworbene Tafel Schokolade zum Preis von einigen Cent zu erwerben, die Filiale nicht besucht hätte, wenn er über die Geschäftsanschrift der Supermarktkette informiert gewesen wäre.

Weitgehend ins Leere laufen dürfte zukünftig der verpflichtende Hinweis auf das Bestehen eines Widerrufsrechts in der Werbung (§ 5 a Abs. 3 Nr. 5 UWG). Es erscheint nicht denkbar, dass ein Verbraucher in der irrtümlichen Vorstellung, kein Wider-

rufsrecht zu haben, eine Kaufentscheidung trifft, die er in Kenntnis des Widerrufsrechts nicht getroffen hätte. Denkbar ist eine geschäftliche Relevanz der Information zum Widerrufsrecht aber in der umgekehrten Situation, in der ausnahmsweise kein Widerrufsrecht besteht, weil es sich zum Beispiel um eine individuell für den Verbraucher gefertigte Ware handelt. Bisher war auch in der Werbung von Online-Händlern mit solchen Angeboten nicht zu beobachten, dass auf das Widerrufsrecht hingewiesen wurde. Während diese Praxis bis jetzt mit einem Abmahnrisiko behaftet war, dürfte zukünftig Rechtssicherheit bestehen. ■



Dr. Nantje Johnston, LL.M.

Rechtsanwältin in den Geschäftsbereichen
Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht
bei CMS in Hamburg.

E nantje.johnston@cms-hs.com

Schweizer Uhrenhersteller dürfen die Belieferung unabhängiger Uhrmacher verweigern

Mit Urteil vom 23. Oktober 2017 hat das dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) nachgeordnete Gericht der Europäischen Union (EuG) entschieden, dass Uhrenhersteller unabhängigen Uhrmachern keine Ersatzteile zur Verfügung stellen müssen, wenn sie ein qualitatives selektives Reparatursystem eingerichtet haben. Eine derartige Beschränkung sei kartellrechtlich zulässig. Sie diene dem Schutz der Qualität der Uhren, der Gewährleistung ihres richtigen Gebrauchs und dem Schutz vor Produktfälschungen. Das Urteil kann auch Herstellern in anderen Branchen helfen, die Verwendung ihrer Ersatzteile durch ein selektives Reparatursystem besser zu kontrollieren.

Hintergrund und Verfahrensablauf

Die Entscheidung des EuG ist das vorerst letzte Kapitel eines Verfahrens, das bereits im Juli 2004 seinen Anfang nahm. Seinerzeit hatte sich die Confédération Européenne des Associations d'Horlogers-Réparateurs (CEAHR), ein Zusammenschluss nationaler Interessenverbände unabhängiger Uhrmacher, bei der Europäischen Kommission über die Praktiken diverser Schweizer Luxusuhrenhersteller (darunter Rolex, Richemont und LVMH) beschwert. Zuvor hatten die Hersteller für ihre Uhren jeweils ein selektives Reparatur- und Wartungssystem eingeführt und seitdem keine Belieferung unabhängiger Uhr-

macher mehr zugelassen. Mit der Beschwerde hat die CEAHR den Herstellern wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und damit eine Verletzung von Art. 101 AEUV sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV vorgeworfen.

Seit Einführung der selektiven Reparatursysteme autorisieren die Hersteller ausschließlich Uhrmacher, die bestimmte qualitative Kriterien erfüllen, insbesondere im Hinblick auf Ausbildung, Erfahrung und Ausstattung der Uhrmacher sowie auf die Räumlichkeiten, in denen sie ihre Leistungen erbringen. Nur die autorisierten Uhrmacher erhalten Zugang zu den Ersatzteilen, markenspezifischen Werkzeugen und technischen Informationen für die Reparatur und Wartung der jeweiligen Uhren. Der Weiterverkauf der Ersatzteile an nicht autorisierte Uhrmacher ist vertraglich untersagt.

Im Juli 2008 hat die Kommission die Beschwerde der CEAHR ein erstes Mal zurückgewiesen (Entsch. C[2008] 3600, Fall COMP/ E-1 / 39.097 – Watch Repair). Im Dezember 2010 hat das EuG diese Entscheidung aufgehoben. Die Kommission habe ihre Pflicht verletzt, alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen und alle ihr von der CEAHR zur Kenntnis gebrachten Gesichtspunkte ausreichend

zu prüfen (Urt. v. 15. Dezember 2010, Rs. T-427/08 – CEAHR v Commission, Rn. 33). Die Kommission hat daraufhin gegen die Uhrenhersteller ein Verfahren eingeleitet, aber die Beschwerde der CEAHR erneut zurückgewiesen (Entsch. C[2014] 5462 final, Fall AT.39097 – Watch Repair), wogegen sich die CEAHR wiederum mit der Nichtigkeitsklage gerichtet hat. Diese Klage hat das EuG nun mit Urteil vom 23. Oktober 2017 abgewiesen (EuG, Urt. v. 23. Oktober 2017, Rs. T-712/14 – CEAHR v Commission).

Zulässige qualitative selektive Vertriebs- und Reparatursysteme

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Ausführungen zu selektiven (Reparatur-)Systemen und Art. 101 Abs. 1 AEUV. Das EuG hat die Auffassung der Kommission bestätigt, dass die selektiven Reparatursysteme schon aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausfallen würden und dass das Verbot, Ersatzteile an unabhängige Uhrmacher weiterzuverkaufen, dem selektiven Vertrieb inhärent sei. Insoweit seien selektive Reparatursysteme mit selektiven Vertriebssystemen gleichgestellt.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass Vereinbarungen, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, mangels wettbewerbswidriger Aus-

wirkungen grundsätzlich nicht unter das Kartellverbot fallen, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind (siehe u. a. EuGH, Urt. v. 13. Oktober 2011, Rs. C-439/09 – Pierre Fabre, Rn. 41; Kom., Leitlinien für vertikale Beschränkungen [2010/C 130/01], Rn. 175):

- Erstens muss die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb bedingen, d. h. ein solches Vertriebssystem muss ein rechtmäßiges Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des Produkts sein.
- Zweitens müssen die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, die einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden sind.
- Drittens dürfen die aufgestellten Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

Das EuG hat ausdrücklich bestätigt, dass diese Anforderungen entsprechend für selektive Reparatursysteme gelten. Sie waren im vorliegenden Fall auch erfüllt. Die CEAHR hatte u. a. auf die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Pierre Fabre verwiesen, wonach das „Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, [...] kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein“ könne (EuGH, Pierre Fabre, Rn. 41). Dem ist das EuG zwar gefolgt, hat jedoch klargestellt, dass selbst nach Pierre Fabre die Wahrung der Qualität und die Gewährleistung des richtigen Gebrauchs eines Produktes ein selektives System rechtfertigen könnten. Daher habe die Kommission zu Recht diese Ziele berücksichtigen dürfen. Des Weiteren

sei die Kommission zutreffend davon ausgegangen, dass das selektive Reparatursystem und die Nichtbelieferung unabhängiger Uhrmacher durch das Ziel, Produktfälschungen zu unterbinden, gerechtfertigt sein können. Die CEAHR habe insofern hinreichende Gegenargumente vermissen lassen.

Wie schon die Kommission hat auch das EuG eine Parallele zu den Regelungen des Kraftfahrzeugsektors, insbesondere zu Art. 5 lit. a) VO 461/2010, abgelehnt. Nach dieser Vorschrift stellt die Beschränkung des Verkaufs von Kraftfahrzeugersatzteilen durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems an unabhängige Werkstätten, die diese Teile für die Instandsetzung und Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden, eine nicht freistellungsfähige Kernbeschränkung dar. Auf Luxusuhren sei dies aber nicht übertragbar, u. a. weil der Aftersales-Service in diesem Sektor weniger profitabel sei.

Das EuG hat schließlich auch die Auffassung der Kommission bestätigt, dass angesichts der rechtmäßig praktizierten selektiven Reparatursysteme nicht ohne Weiteres von einem Missbrauch der möglicherweise marktbeherrschenden Stellungen auf den Märkten für Reparaturleistungen und für die Lieferung von Ersatzteilen auszugehen sei.

Praxishinweis und Ausblick

Das Urteil des EuG zeigt einmal mehr auf, wie sich Markenhersteller durch ein einwandfrei eingerichtetes selektives Vertriebs- oder Reparatursystem vor der unkontrollierten Verwendung ihrer Produkte schützen können. Das EuG will indes allein einen Prestigecharakter oder ein besonderes Luxusimage selektiv ge-

bundener Produkte nicht ausreichen lassen, um schon die Anwendung des Kartellverbots auszuschließen. Dann bedürften solche Systeme einer Freistellung, die ebenfalls bestimmten Bedingungen unterliegt. Demgegenüber hat Generalanwalt Wahl in Sachen Coty Germany erst jüngst die Auffassung vertreten, dass auch ein Prestigecharakter oder ein besonderes Luxusimage die Anwendung des Kartellverbots ausschließen kann (Wahl, Schlussantrag v. 26. Juli 2017, Rs. C-230/16 – Coty Germany, Rn. 63). Dazu wird der EuGH bald das letzte Wort haben. ■



Dr. Markus Schöner, M.Jur. (Oxford)
Partner in den Geschäftsbereichen
Gewerblicher Rechtsschutz und
Kartellrecht bei CMS in Hamburg.
E markus.schoener@cms-hs.com



Dr. Denis Schlimpert,
LL.M. (Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Rechtsanwalt im Geschäftsbereich
Kartellrecht bei CMS in Hamburg.
E denis.schlimpert@cms-hs.com



EuGH schafft Klarheit bei der Anmeldepflicht von Gemeinschaftsunternehmen – was sind die Folgen?

Der EuGH hat mit einem Urteil vom 7. September 2017 (Rs.: C-248/16 – Austria Asphalt) klargestellt, dass bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ein Zusammenschlusstatbestand nach der EU-Fusionskontrollverordnung (im Folgenden: FKVO) nur vorliege, wenn das Gemeinschaftsunternehmen selbst auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfülle (sogenannte „Vollfunktionalität“). Mit „Gründung“ ist dabei der Erwerb gemeinsamer Kontrolle gemeint. Nicht relevant ist, ob das künftige Gemeinschaftsunternehmen bereits vor dem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle wirtschaftlich tätig war. Das schränkt den Anwendungsbezug der FKVO ein.

Zum Ausgangsverfahren

Grundlage des Urteils des EuGH war eine nicht alltägliche Verfahrenssituation: Die Gründer eines Gemeinschaftsunternehmens wandten sich mit einem Schreiben an die Generaldirektion Wettbewerb bei der Europäischen Kommission. Im konkreten Fall sollte das Gemeinschaftsunternehmen durch Erwerb von 50 % der Anteile an einem bereits bestehenden, bisher allein kontrollierten Unternehmen „gegründet“ werden. Die Gründer wollten in Erfahrung bringen, ob der beabsichtigte Erwerb

der gemeinsamen Kontrolle nach der FKVO anmeldepflichtig sei. Die Generaldirektion Wettbewerb antwortete per Verwaltungsschreiben, dass der Erwerb keinen Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO darzustellen scheine. Daraufhin meldeten die Gründer das Vorhaben bei der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde an. Die Bundeswettbewerbsbehörde hielt sich jedoch nicht für zuständig, weil aus ihrer Sicht die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gegeben sei, da ein nach der FKVO anmeldepflichtiger Zusammenschlusstatbestand vorliege, der die Schwellenwerte der FKVO übersteige. Der Prüfungsantrag der Gründer wurde von der Bundeswettbewerbsbehörde zurückgewiesen. Die Gründer legten Beschwerde beim österreichischen Obersten Gerichtshof ein, der dem EuGH die Rechtsfrage vorlegte, ob der soeben geschilderte Erwerb der gemeinsamen Kontrolle einen Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO erfülle. Der EuGH verneinte die Frage: Ohne Vollfunktionalität des Gemeinschaftsunternehmens liege kein Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO vor. Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission im Verfahren vor dem EuGH eine von ihrer vormaligen, den Gründern mitgeteilten Rechtsauffassung abweichende Rechtsansicht vertreten hat.

Praxisfolgen der Entscheidung

Für den Rechtsanwender und die an einer Transaktion beteiligten Unternehmen hat diese Entscheidung die folgenden Konsequenzen:

Wie bei jeder fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht muss als Erstes geprüft werden, ob ein Zusammenschlusstatbestand vorliegt. Der Zusammenschlusstatbestand der gemeinsamen Kontrolle nach der FKVO setzt – nach Ansicht des EuGH – voraus, dass das Zielunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht nach der FKVO unabhängig von der Erfüllung der Umsatzschwellenwerte aus. Es fehlt an einem Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO.

Das bedeutet jedoch nicht, dass für eine solche Transaktion gar keine fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflichten in den EU-Mitgliedstaaten bestehen würden. Alle EU-Mitgliedstaaten bis auf Luxemburg haben eigene Regelungen zur Zusammenschlusskontrolle. Auch wenn sich einige EU-Mitgliedstaaten bei ihren Regelungen an der FKVO orientiert haben mögen, heißt das nicht, dass diese Regelungen identisch zur FKVO

auszulegen wären. Das bleibt im Einzelfall zu prüfen. Die Zusammenschlusskontrolle in der Europäischen Union ist (noch) nicht vollharmonisiert. Inhaltlich eindeutig von der FKVO abweichende Regelungen zur Zusammenschlusskontrolle gibt es insbesondere in Deutschland und Österreich.

So stellt der oben dargestellte Erwerb der gemeinsamen Kontrolle an einem nicht vollfunktionsfähigen Gemeinschaftsunternehmen ohne Weiteres einen Zusammenschlusstatbestand nach der deutschen und der österreichischen Zusammenschlusskontrolle dar. Werden bei einer solchen Transaktion zudem die Umsatzschwellenwerte erfüllt, sind in diesen Ländern fusionskontrollrechtliche Anmeldepflichten gegeben.

Fraglich ist zudem, ob ein Verstoß gegen das (mitgliedstaatliche) Vollzugsverbot vorliegen würde, wenn die Europäische Kommission – trotz fehlender Zuständigkeit mangels Vorliegens eines Zusammenschlusstatbestands – eine solche Transaktion freigibt. Mangels Zuständigkeit der Europäischen Kommission wäre nach § 35 Abs. 3 GWB das Bundeskartellamt für die Zusammenschlusskontrolle zuständig. Die Normen zur Zusammenschlusskontrolle des GWB sind somit anwendbar. Ein Vollzug der Transaktion ohne vorherige Freigabe des Bundeskartellamts würde

jedoch einen Verstoß gegen das bußgeldbewehrte, in § 41 GWB normierte Vollzugsverbot darstellen. Es empfiehlt sich also, eine rechtssichere Klärung der Frage anzustreben.

Unternehmen werden bei solchen Transaktionen die Vorteile des „One-Stop-Shop“ bei der Fusionskontrolle bei der Europäischen Kommission nicht genießen können. Die Europäische Kommission hat in ihrer Mitteilung über die Verweisung von Fusions-sachen ausdrücklich klargestellt, dass eine solche an die Europäische Kommission ausgeschlossen ist, wenn das Zusammenschlussvorhaben keinen Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO erfüllt (vgl. dort Tz. 65).

Fazit

Die Prüfung einer fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht bei der Europäischen Kommission hat, wenn zwei oder mehr Unternehmen die gemeinsame Kontrolle erwerben, einen notwendigen Zwischenschritt erhalten. Ohne die Vollfunktionalität des Zielunternehmens kommt es bei dieser Prüfung nicht mehr auf die Umsatzzahlen der Zusammenschlussbeteiligten an. Trotzdem dürfen die Unternehmen das Thema Fusionskontrolle nicht einfach abhaken: Es bleiben fusionskontrollrechtliche Anmeldepflichten in einzelnen EU-Mitgliedstaaten zu prüfen. ■



Dr. Rolf Hempel

Partner im Geschäftsbereich
Kartellrecht bei CMS in Stuttgart.
E rolf.hempel@cms-hs.com



Martin Cholewa

Rechtsanwalt im Geschäftsbereich
Kartellrecht bei CMS in Stuttgart.
E martin.cholewa@cms-hs.com



Kartellrecht

Online-Vergleichsportale geraten in den Fokus des Bundeskartellamts

Von der Praxis weitgehend unbekannt hat das Bundeskartellamt mit der 9. GWB-Novelle neue Kompetenzen im Verbraucherschutz erhalten. Nach § 32 e Abs. 5 GWB kann das Bundeskartellamt bei begründetem Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften Sektoruntersuchungen durchführen. Das Bundeskartellamt macht jetzt erstmals von dieser Kompetenz Gebrauch.

Vor Kurzem hat das Bundeskartellamt angekündigt, eine Sektoruntersuchung „Vergleichsportale“ aus den Bereichen Reise, Versicherungen, Finanzdienstleistungen, Telekommunikation und Energie im Internet einzuleiten. Das Bundeskartellamt prüft Verstöße gegen Vorschriften

zum Verbraucherschutz – namentlich Vorschriften des Lauterkeitsrechts – bei Rankings, Finanzierung und Verflechtungen.

Aus der Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 24. Oktober 2017 ergeben sich einige interessante Anhaltspunkte zu dem geplanten Verfahren: Das Bundeskartellamt möchte bis zum Jahresende Fragebögen an Unternehmen aus den genannten Bereichen versenden. Nach der Auswertung der Antworten durch das Bundeskartellamt und noch vor der Erstellung des Berichts sollen die betroffenen Wirtschaftskreise konsultiert werden. Ob vorab ein vorläufiger Bericht veröffentlicht werden soll, gibt die Behörde dabei nicht zu erkennen.

Klare Hinweise lassen sich der Pressemitteilung auch dazu entnehmen, welchen Zwecken die Sektoruntersuchung dient. Das Bundeskartellamt wird tätig, um den Sachverhalt aufzuklären und auf dieser Grundlage zu bewerten, ob Verstöße gegen Verbraucherschutzvorschriften begangen werden. Außerdem könnten mit der Sektoruntersuchung etwaige Defizite in der zivilrechtlichen und behördlichen Durchsetzung des Verbraucherrechts in diesem Bereich identifiziert werden.

Das Bundeskartellamt beabsichtigt, in dem Abschlussbericht zu der Sektoruntersuchung seine Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens von Rechtsverstößen zu veröffentlichen. Es möchte zugleich skizzieren, welchen Beitrag das Bundeskartellamt

dazu leisten könnte, diese Rechtsverstöße abzustellen, sollte der Gesetzgeber ihm die notwendigen weiteren Kompetenzen zusprechen.

Es geht bei der Sektoruntersuchung demnach nicht darum, durch die behördliche Sachverhaltsaufklärung einen Beitrag zur nachgelagerten privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung zu leisten. Das Bundeskartellamt stellt ausdrücklich klar, dass es im Rahmen der Sektoruntersuchung nicht gegen bestimmte Unternehmen ermittelt. Ziel ist es also gerade nicht, konkrete Rechtsverstöße durch bestimmte Unternehmen festzustellen.

Diese Zielsetzung der Sektoruntersuchung steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der gesetz-

geberischen Intention hinter den neuen Ermittlungsbefugnissen des Bundeskartellamts, ist aber letztlich zwingend. Ausweislich der Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle sollen die Ergebnisse von Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts auch einen Beitrag zur Stärkung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung leisten. Die Einrichtung einer behördlichen Ermittlungshilfe zur Vereinfachung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung ist aber nicht ohne entsprechende Vorgaben zum Ermittlungsverfahren und insbesondere zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen denkbar.

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundeskartellamt seine neue Rolle bei

der Durchsetzung des Verbraucherrechts in der Praxis interpretiert und welche Schranken die Gerichte ihm dabei möglicherweise setzen. Die nun angekündigte Sektoruntersuchung wird dabei ein erster Praxistest sein. ■



Dr. Nantje Johnston, LL.M.

Rechtsanwältin in den Geschäftsbereichen
Gewerblicher Rechtsschutz und Kartellrecht
bei CMS in Hamburg.

E nantje.johnston@cms-hs.com

Markenrecht

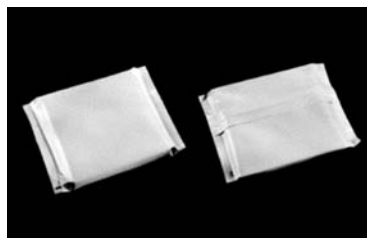
Quadratisch. Praktisch. Exklusiv?

Am 18. Oktober 2017 hat der BGH festgestellt, dass das BPatG zu Unrecht die Löschung von zwei Marken der Firma Ritter Schönbuch angeordnet hat, mit denen die dreidimensionale Verpackung der quadratischen Ritter-Sport-Tafelschokolade geschützt wird. Beide Verfahren wurden an das BPatG zurückverwiesen. Dies lässt sich einer Pressemitteilung des BGH entnehmen. Die Urteilsgründe liegen noch nicht vor.

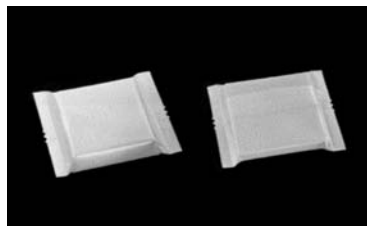
Worum geht es?

Ritter ist Inhaberin von zwei dreidimensionalen Marken, die aufgrund von Verkehrsdurchsetzung in den Jahren 1996 bzw. 2001 beim DPMA für „Tafelschokolade“ registriert wurden:

DE 2913183



DE 39869970



(Kopie aus der Datenbank; Abbildung zeigt eine vollständig neutralisierte weiße Verpackung der Rittersport-Schokolade)

Hiergegen hatte der Milka-Hersteller Kraft Foods, seit 2012 firmierend unter Mondelez, Löschungsanträge beim DPMA gestellt mit der Begründung, die Marken seien gemäß § 3 MarkenG einem Schutz nicht zugänglich.

Was bisher geschah:

Die Löschungsanträge von Kraft Foods bzw. Mondelez waren dadurch ausgelöst worden, dass im Frühjahr 2010 eine neue Verpackung für ein Milka-Schokoladen-Produkt auf den Markt kam, bei der zwei quadratische 40-g-Schokoladentafeln in einer einheitlichen länglichen Verpackung angeboten wurden, die mittels einer perforierten Längsnaht in der Mitte getrennt werden konnte.



(Kopie aus dem veröffentlichten Urteil;
Produkt nicht mehr am Markt)

Als Ritter unter Berufung auf seine Formmarken die Unterlassung dieser Verpackung forderte, konterte Mondelez mit den Löschungsanträgen. Nachdem das LG Köln Ritter noch Recht gegeben und die Milka-Verpackung verboten hatte (Az. 31 O 478/10), hob das OLG Köln im März 2012 das Verbot wieder auf (Az. 6 U 159/11): Obwohl es sich bei der quadratischen Form der Ritter-Sport-Schokolade um eine bekannte Marke handele, so entspreche doch die angegriffene Verpackung der Form eines Rechtecks mit den Maßen einer handelsüblichen Schokoladentafel, die zudem durch eindeutige und ihrerseits bekannte Farb-, Wort- und Bildelemente auf Milka-Schokolade hinweise und die trotz ihrer Trennbarkeit in zwei fast quadratische Hälften letztlich als rechteckige Doppelpackung vom Verbraucher wahrgenommen werde. Gegen diese Entscheidung hatte Ritter beim BGH Nichtzulassungsbeschwerde eingereicht, die jedoch zurückgewiesen wurde.

Die Löschungsverfahren gegen die beiden Marken von Ritter vor dem Patent- und Markenamt (DPMA) wurden derweil fortgesetzt. Die Löschungsabteilung des DPMA wies die Anträge von Mondelez im Jahr 2014 zurück. Die Beschwerden hiergegen waren vor dem BPatG erfolgreich (Az. 25 W [pat] 78/14 und 79/14). Das Gericht begründete seine Löschungsanordnungen mit § 3 Abs. 2 Ziffer 1 MarkenG, wonach dem Schutz als Marke nicht Zeichen

zugänglich sind, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist.

Nach allgemeiner Auffassung in der juristischen Literatur und wohl auch des EuGH setzt die Anwendung dieser Vorschrift voraus, dass das angemeldete Zeichen die Ware selbst zeigt, für die es angemeldet wurde. Für Warenverpackungen hat der EuGH nur eine Ausnahme für notwendige Verpackungen von Waren zugelassen, die keine eigene Form besitzen, wie zum Beispiel Flüssigkeiten (EuGH C-218/01). Hier zeigte sich die erste Hürde für eine unmittelbare Anwendung des § 3 Abs. 2 MarkenG auf die streitigen Verpackungsformen: Ritter hatte seine Marken schließlich nicht etwa für Verpackungen angemeldet, sondern für Tafelschokolade, die auch nicht notwendigerweise verpackt werden muss. Das BPatG nahm diese Hürde mit folgender Begründung: Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Ziffer 1 MarkenG sei in gleicher Weise auf solche Umverpackungen anzuwenden, „welche die Form der verpackten Waren deutlich erkennen lassen (= Warenformverpackungen)“. Mit dieser Interpretation hat sich das BPatG auf juristisches Neuland begeben und in seinen Entscheidungsgründen vermerkt, dass sich mit diesem Verständnis der Vorschrift bislang weder der EuGH noch der BGH befasst haben.

Für die Kernfrage, wann ein angemeldetes Zeichen ausschließlich aus einer Form besteht, die i. S. d. § 3 Abs. 2 Ziffer 1 MarkenG durch die Art der Ware selbst bedingt ist, konnte sich das BPatG an einem Urteil des EuGH vom 18. September 2014, C-205/13 „Tripp-Trapp-Kinderstuhl“, orientieren. Danach bejaht der EuGH ein Schutzhindernis nach dieser Vorschrift bereits dann, wenn die Form

der Marke eine oder mehrere wesentliche Gebrauchseigenschaften aufweist, die der oder den gattungstypischen Funktion(en) dieser Ware innewohnen und nach denen der Verbraucher möglicherweise auch bei den Waren der Mitbewerber sucht. Diese Voraussetzungen sah das BPatG bei der Warenformverpackung von Ritter als gegeben an, weil sich die quadratische Tafelschokolade in der quadratischen Verpackung „verglichen mit rechteckig länglicher Tafelschokolade besser in einer Jackentasche mitführen“ lasse. Wegen dieses Vorteils werde der Verkehr auch bei den Waren der Mitbewerber nach in quadratischer Form verpackten Schokoladentafeln suchen. Die Werbesprüche der Markeninhaberin „Quadratisch. Praktisch. Gut.“ sowie „Der Trick mit dem Knick und die Masche mit der Tasche“ haben die Feststellung der wesentlichen Gebrauchseigenschaft, „quadratische Form“, durch das Gericht zweifellos unterstützt.

Soweit es sich der Pressemitteilung des BGH entnehmen lässt, haben die BGH-Richter offengelassen, ob die Ausschlussregelung des § 3 Abs. 2 Ziffer 1 MarkenG auf – vom BPatG sogenannte – „Warenformverpackungen“ überhaupt Anwendung findet. An einem Schutzhindernis nach dieser Vorschrift fehlte es nämlich nach der Auffassung des BGH schon deshalb, weil die quadratische Form einer Tafelschokolade keine wesentliche Gebrauchseigenschaft von Schokolade sei.

Wie geht es weiter?

Der BGH hat beide Löschungsverfahren an das BPatG zurückverwiesen. Dort wird zu klären sein, ob andere Löschungsgründe greifen. Denkbar sind Schutzhindernisse gemäß § 3 Abs. 2 Ziffer 2 und 3 MarkenG.

Mit dem Lösungsgrund, dass das angemeldete Zeichen ausschließlich aus einer Form besteht, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, § 3 Abs. 2 Ziff. 2 MarkenG, hatte sich bereits die Lösungsabteilung des DPMA ausgiebig beschäftigt, da Mondelez seine Begründung für den Lösungsantrag ganz auf diesen Aspekt abgestellt hatte. Hintergrund war das deutsche Patent Nr. 2458462, das Ritter für eine „Schlauchbeutelverpackung, insbesondere für Schokoladetafeln“ erteilt worden war und dessen Schutz 1992 geendet hatte. In der Patentschrift wurden die technischen Funktionen verschiedener Elemente der Ritter-Sport-Schokoladenverpackung detailliert geschildert. Es war deshalb naheliegend, dass Mondelez auch die Gestaltungselemente der angemeldeten Formmarke als technisch bedingt und deshalb nicht schutzfähig beurteilt wissen wollte. Dem ist die Lösungsabteilung aber – nach Hinzuziehung eines technischen Mitglieds des DPMA – nur teilweise gefolgt und hat gerade die quadratische Form des Inhalts und die quadratische Form der Verpackung als nicht technisch bedingt beurteilt.

Das BPatG war der Frage, ob die quadratische Form technisch bedingt ist, nicht weiter nachgegangen, nachdem die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren in erster Linie geltend gemacht hatte, dass die Marken gemäß § 3 Abs. 2 Ziffer 1 und 3 MarkenG zu löschen seien. Wenn sich das BPatG jetzt erneut mit der Sache befasst, wird es möglicherweise diesen Lösungsgrund genauer prüfen. In diesem Zusammenhang dürfte eine BGH-Entscheidung von Bedeutung sein, die am selben Tag wie die Ritter-Sport-Entscheidung erging. Auch hierzu liegt bislang nur die Pressemitteilung des BGH vom 18. Oktober

2017 vor. Gegenstand waren zwei Lösungsanträge gegen die Formmarken des Traubenzucker-Täfelchens Dextro Energy (BGH I ZB 3/17) sowie die Formmarke eines Stapels aus acht Traubenzucker-Täfelchen (BGH I ZB 4/17). In diesen beiden Fällen hatte das BPatG die Lösungsanträge gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG angeordnet, also deshalb, weil die Täfelchen „ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist“ (BPatG 25 W [pat] 59/14 und 60/14). Die quaderförmige Formgebung bewirke eine platzsparende Konfektionierung, weshalb der Traubenzucker, der gerade beim Sport als schneller Energielieferant konsumiert werde, bei diesen Gelegenheiten einfacher mitgeführt werden könne.

Wie der Pressemitteilung des BGH zu entnehmen ist, ist er dieser Beurteilung der Quaderform als technischer Funktion gefolgt. Allerdings haben die BGH-Richter noch weitere Gestaltungselemente außer der quadratischen Grundform erkannt, nämlich „die besonders geformten Ecken und Kanten der Täfelchen“. Für diese Gestaltungselemente sei eine technische Funktion nicht festzustellen. Der Lösungsgrund des § 3 Abs. 2 Ziffer 2 MarkenG setze aber voraus, dass alle wesentlichen Merkmale der Formmarke technische Funktionen aufweisen. Nur aus diesem Grund hat der BGH die beiden „Traubenzucker“-Verfahren ebenfalls an das BPatG zurückverwiesen.

Für die Ritter-Sport-Formmarken wird das BPatG demnach davon ausgehen müssen, dass auch hier die Quaderform der „Verpackungsformmarke“ technisch bedingt ist. Nimmt man die weiteren Gestaltungselemente hinzu, für die schon das DPMA die technische Bedingtheit festgestellt hat,

wird nicht mehr viel übrig bleiben, was die Ritter-Sport-Formmarke vor der Lösungsabteilung bewahrt: Es müsste wenigstens ein wesentliches (!) Merkmal ohne technische Funktion übrig bleiben. Ritter muss also weiter um seine Marken bangen. ■



Ilse Rohr

Rechtsanwältin im Geschäftsbereich
Gewerblicher Rechtsschutz bei
CMS in Hamburg.
E ilse.rohr@cms-hs.com

Aktuell

Veröffentlichungen

Michael Fricke, „BVerfG: Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen presserechtliche Unterlassungsverfügungen möglich“, GRUR-Prax 2017, 406

Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford), „Urteilst Du noch oder wirbst Du schon?“, Gastbeitrag bei Legal Tribune Online (www.lto.de), 26. Juni 2017

Paetrick Sakowski, „Wenn Schutz nichts nutzt“, Gastbeitrag im Handelsblatt, 13. Juli 2017

Antonia Witschel, LL.M., „Online- und Versandhändler unterliegen der Öko-Kontrollpflicht“, GRUR-Prax 2017, 517

Aktuell

Vorträge

Dr. Heike Freund, LL.M., Maître en droit, „Health-Apps aus wettbewerbsrechtlicher Sicht“, 8. Gesundheitsrechtstag der Wettbewerbszentrale, Frankfurt/Main, 17. November 2017

Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford), „Digital Territories – Business ohne rechtliche Grenzen im Sportbereich?“, Digital Sports & Entertainment Summit 2017, Berlin, 16. Oktober 2017

Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford), „Influencer-Marketing – Wie kennzeichne ich werbliche Beiträge, Posts und Videos in Social Media richtig?“, Social Media Conference, Hamburg, 17. Oktober 2017

Dr. Martin Gerecke, M.Jur. (Oxford), „Arztbewertungsportale – Was ist erlaubt?“, 6. Dresdner Medizinrechtssymposium, 30. September 2017

Dr. Uli Greiner und Alexander Leister, LL.M. (LTU Melbourne), „CMS webinar series on Product Piracy – view from Germany“ (Teil einer Webinar-Reihe), 21. November 2017

Impressum

Das Update Gewerblicher
Rechtsschutz und Kartellrecht wird
verlegt von CMS Hasche Sigle
Partnerschaft von Rechtsanwälten
und Steuerberatern mbB.

CMS Hasche Sigle
Lennéstraße 7
10785 Berlin

Verantwortlich für die
fachliche Koordination:

Michael Fricke
CMS Hasche Sigle
Stadthausbrücke 1–3
20355 Hamburg

Konstantin Salz
CMS Hasche Sigle
Lennéstraße 7
10785 Berlin





Law . Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

cms-lawnow.com



Law . Tax

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

e-guides.cmslegal.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Medellín, Mexiko-Stadt, Monaco, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

cms.law